

27/10/2010

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 PARÁ

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, pela ordem. **Desejo** fazer algumas ponderações, **que submeto** à consideração dos eminentes Juízes que compõem esta Corte, **considerando** o empate que ocorreu **no último** julgamento (RE 630.147/DF) **e que se registra, uma vez mais,** na presente causa.

Entendo, Senhor Presidente, **que há critérios** *impessoais, objetivos e apriorísticos* cuja aplicação **permitirá** superar o impasse que ora se verifica neste julgamento.

Tenho para mim que o caráter *impessoal e abstrato* de tais critérios **auxiliará** esta Corte **na solução jurisdicional** deste litígio. **Não se cuida,** portanto, de uma proposta *"ad hoc"*, **não se qualificando,** por isso mesmo, como solução *artificiosa* ou *casuística*, **mas, ao contrário,** de solução **fundada** em prescrições regimentais *abstratas e constantes* **do próprio** Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.



RE 631.102 / PA

Vislumbro, ao menos, **04 (quatro) critérios** possíveis cuja adoção permitirá a superação do impasse **resultante** do empate verificado no julgamento da presente causa.

O **primeiro** critério consiste em **aguardar-se** o provimento da vaga atualmente existente nesta Corte.

Trata-se de critério que o Supremo Tribunal Federal adotou por ocasião do julgamento final da AP 480/PR, de que foi Relator o eminente Ministro AYRES BRITTO, **quando se registrou** empate (5 votos a 5), o que levou esta Corte a **suspender** o julgamento para "colher o voto do Ministro a ser empossado".

Parece-me que esse critério **apresenta** o grave inconveniente **de retardar** a conclusão do presente julgamento, **ainda mais se persistir** esse *inacreditável (e abusivo)* retardamento, **por parte** do Senhor Presidente da República, **na indicação** do novo magistrado **que irá completar** a composição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Embora essa *inadmissível* omissão presidencial **não se mostre** assimilável àquela registrada **na primeira** década republicana, **mais precisamente** entre outubro de 1893 e outubro de 1894, **durante** o



RE 631.102 / PA

governo do Marechal Floriano Peixoto, **quando** esta Corte **sofreu** verdadeira "crise de quorum", **o que a impediu**, durante meses, de realizar sessões, "por falta de número", **como informa** LÊDA BOECHAT RODRIGUES ("História do Supremo Tribunal Federal", tomo I/1891-1898, p. 42/48, 2ª ed., 1991, Civilização Brasileira), **o fato é que essa demora** do atual Chefe do Poder Executivo da União **poderá prolongar-se indefinidamente**, o que impedirá a conclusão do presente julgamento.

Há, ainda, um segundo critério passível de utilização por esta Corte.

Refiro-me ao voto de qualidade de que Vossa Excelência dispõe, Senhor Presidente, **como prerrogativa inerente** ao cargo que ora titulariza (RISTF, art. 13, IX).

Entendo que o voto de qualidade **somente não poderia** ser utilizado em situações, inocorrentes no caso, **em que se impusesse** pronúncia de inconstitucionalidade de lei **ou** de ato normativo, **não, porém, quando** se tratasse de reconhecer a incompatibilidade de certa decisão judicial (**como a emanada** do TSE) com o texto da Constituição.

RE 631.102 / PA

Desejo enfatizar, neste ponto, por necessário, que a **Emenda Regimental** nº 35/2009, **ao introduzir** a norma inscrita no **inciso IX** do art. 13 do RISTF, **contemplou** hipótese de verdadeira maioria ficta, **produzida** pelo exercício, *sempre excepcional*, do voto de qualidade **atribuído** ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

É certo, no entanto, que essa técnica de votação (e de decisão), **necessária** para definir situações **insuperáveis** de empate (**ressalvados** os casos previstos no parágrafo único do art. 146 e no art. 205, parágrafo único, inciso II, **ambos** do RISTF), **não** se mostrará compatível com a cláusula de *reserva de plenário* **fundada** no art. 97 da Constituição, **pois** referida cláusula constitucional **exige**, para efeito de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, maioria absoluta real dos membros do Tribunal, **não permitindo**, por isso mesmo, **que a declaração** de inconstitucionalidade de qualquer ato estatal resulte de maioria *ficta*.

Essa, porém, **não é** a situação que se registra nos autos, **pois a corrente que dá provimento** ao presente recurso extraordinário **não** declara a inconstitucionalidade **de qualquer** regra inscrita na LC nº 135/2010, **limitando-se, tão-somente, a reconhecer**



RE 631.102 / PA

que foi inconstitucional a **interpretação** que o E. Tribunal Superior Eleitoral deu a referido diploma legislativo.

De qualquer maneira, no entanto, esse **segundo** critério **pode ser afastado**, pois o eminente Senhor Presidente desta Corte **já afirmou** que **não** pretende valer-se dessa especial prerrogativa.

Haveria um **terceiro** critério, hoje **não mais** utilizável, **em virtude da derrogação** do art. 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que permitia, para efeito de complementação de "quorum", a **convocação** de Ministros **do antigo** Tribunal Federal de Recursos.

Esse critério chegou a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, **em 1993**, quando do empate (4 votos a 4) **registrado** no julgamento **do MS 21.689/DF**, **ocasião** em que foram convocados, **para completar** o "quorum", 3 (três) eminentes Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre, no entanto, que a regra inscrita **no já mencionado** art. 40 do RISTF **foi inteiramente modificada** pela Emenda Regimental n° 35/2009, que lhe deu **outro** conteúdo material.



RE 631.102 / PA


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Um dado histórico. Àquela altura, preconizou-se adoção do sistema que diz respeito ao mandado de segurança contra ato do Presidente da Corte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim. 


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ou seja, a manutenção do ato atacado mediante a impetração.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E a Corte excluiu essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esta Corte assim o fez, **pelo fato** de existir, *então*, norma regimental (RISTF, art. 40) **que lhe permitia convocar** Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça **para complementação** de "quorum", o que acabou se verificando no processo a que me referi anteriormente (MS 21.689/DF), quando vieram a ser convocados 3 (três) eminentes Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, existe o da prerrogativa do Presidente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade. Existe, *agora*, a prerrogativa do voto de qualidade, *que é extraordinária*, 

RE 631.102 / PA

conferida ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 13, IX). Cabe, no entanto, a Sua Excelência, o exercício desse verdadeiro dever-poder...


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Perdão, Excelência, apenas temos, com a necessidade de maioria absoluta - a não ser a declaração de inconstitucionalidade da lei em processo subjetivo -, processo objetivo, e a situação concreta não exige o que previsto para ter-se o acionamento desse artigo, que é a maioria absoluta.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quando mencionei o voto de qualidade, fui muito claro ao dizer que o artigo 97 da Constituição só se refere às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (o que torna exigível maioria absoluta real dos integrantes da Corte), não, porém, aos casos em que o Tribunal, eventualmente, julgue inconstitucional a interpretação (ou a aplicação) de determinada lei ou de certo diploma estatal.

Registra-se, neste caso, uma situação concreta veiculada em processo de índole subjetiva, cuja solução jurisdicional, *por óbvio*, depende de votação majoritária...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe, Ministro, não se exige maioria absoluta para este caso.


RE 631.102 / PA

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exige-se votação majoritária. 

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Há, sim, porque há pedido de declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Para julgamento de recurso extraordinário, Excelência, que, em tese, pode ser julgado na Turma.


O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então não seria recurso extraordinário, seria recurso ordinário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Se é certo que recursos extraordinários em matéria eleitoral podem ser julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal (AI 149.179-AgR/AL, RE 158.314/PR, RE 158.564/AL, RE 160.432/SP, RE 167.787-AgR/RR, dos quais fui Relator), não é menos exato que, submetido o apelo extremo ao exame do Plenário deste Tribunal (como sucede no presente caso), este somente poderá decidi-lo por votação majoritária, considerada a composição integral da Corte, especialmente se argüida a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo. 


O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Celso de Mello, se, por acaso, um Colega estivesse ausente...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Impor-se-ia a suspensão do julgamento, aguardando-se a presença do Ministro que deixou de comparecer à sessão em que iniciado o exame da causa,


RE 631.102 / PA

especialmente se, desse julgamento, pudesse resultar, eventualmente, declaração de inconstitucionalidade. 

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, não. E se nós tivéssemos uma formação e houvesse cinco a quatro - o argumento de Vossa Excelência falece aí -, se nós tivéssemos cinco a quatro, o caso estaria decidido num ou noutro sentido; por quê? Porque nós não precisamos de maioria absoluta. Quando precisamos de maioria absoluta? Tão somente para os casos de declaração de inconstitucionalidade de lei. É a exigência da regra do artigo 97 e da regra regimental. Isso vale para o controle incidental e vale para o controle abstrato.


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência tem **inteira** razão **ao observar** que o art. 97 da Constituição **só tem** aplicação quando se trate de julgamento **em que se efetue** o controle de constitucionalidade, **quer** pelo método concentrado, **quer** pelo método difuso, **não incidindo** a cláusula de reserva de plenário **nos demais** casos. **É por isso** que estou propondo a adoção **de um quarto critério**, que, **fundado** no art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF, **permitirá**, *por aplicação analógica*, **suprir** a situação de impasse em que se encontra esta Corte. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas por que, se já há um ato que é do Tribunal?! Não é o caso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É um ato do Presidente do Tribunal. 

RE 631.102 / PA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sim, a razão de ser desse preceito, de prevalecer o ato, é que em si já é do Tribunal.


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência, eminente Ministro MARCO AURÉLIO, quando do julgamento da ADPF 46/DF, em situação na qual se registrara empate de 5 votos a 5 (o saudoso Ministro MENEZES DIREITO fizera consignar a sua suspeição), preconizou a mesma solução que ora alvitro, propondo, expressamente, que se proclamasse a subsistência do ato impugnado, invocando, para tanto, como fundamento dessa proposta, a aplicação analógica do art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF. 

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Da prevalência do ato impugnado.


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não importa. Não tenho compromisso sequer com os meus próprios erros.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Como é que nós vamos ter compromisso com a coerência de Vossa Excelência?


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não me cobre coerência, Excelência, mesmo porque não tenho à mesa o precedente alusivo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não estou dizendo que Vossa Excelência é incoerente. Limito-me, apenas, a recordar um caso em que Vossa Excelência expressamente invocou, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF, adotando, então, a 

RE 631.102 / PA

mesma solução que ora proponho para superar o impasse invencível em que se encontra esta Corte. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência se fez armado para contestar possível oposição a esse entendimento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Só o fiz para demonstrar a inteira pertinência e a plena legitimidade da solução que ora preconizo, tal como Vossa Excelência já o fizera quando da conclusão do julgamento da ADPF 46/DF. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Hoje estou convencido de que essa norma encerra exceção, e, portanto, somente pode ser interpretada de forma estrita. A razão de ser dela é única: é que, estando em jogo um ato – daí a exclusão do Presidente – do próprio Tribunal, verificado no Plenário o empate e sendo impossível chegar-se ao desempate, tem-se a prevalência do ato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite só mais uma observação?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não, com prazer! 

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Depois desses impasses todos, nós chegamos à conclusão de que era necessário fazer a mudança de Regimento, em razão de doenças alongadas, afastamentos alongados, lacunas na composição do Tribunal, e fizemos então essa mudança em que realmente se coloca a questão, até porque a regra básica que vem sendo adotada na ADPF e que vale para o controle abstrato de normas é a suspensão de julgamento para aguardar a recomposição. Por quê? Porque o que se quer é uma declaração, no caso especialmente do processo objetivo, de

RE 631.102 / PA

constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, porque ambas terão o efeito vinculante.

Na ADPF, pode ocorrer uma situação peculiar, porque às vezes, ao lado de ato normativo, nós podemos ter situações concretas, e aí então podemos ter alguma peculiaridade que justificaria uma outra solução. Mas, no controle abstrato de normas, há a necessidade da declaração: ou de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade. E por que o Brasil adotou – e o Supremo há muito adotou –, inclusive, a exigência da declaração de constitucionalidade? Porque nós temos um modelo difuso amplo. De modo que, se o Tribunal declara a causa empatada, ele não decide a questão e deixa para o Juiz de primeiro grau e para todas as Cortes, as oitenta e oito Cortes do Brasil, o poder de fazer o que quiser com a lei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A solução que ora preconizo permitirá, ao menos neste caso, que esta Suprema Corte apresente a prestação jurisdicional que lhe foi requerida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a decisão para uma e outra, a declaração de constitucionalidade ou não. Por isso que se colocou essa exigência dos seis votos; a maioria absoluta se refere a isso, tão somente.

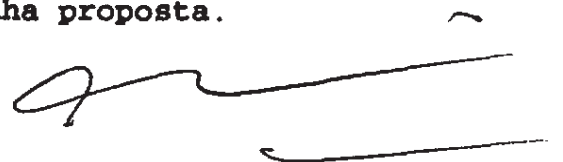
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É por tal razão que proponho a aplicação analógica da norma inscrita no art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF, **fazendo prevalecer**, no caso em exame, **a decisão** ora questionada, **proferida** pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **objeto** de impugnação **nesta** sede recursal extraordinária.

RE 631.102 / PA

E, ao assim proceder, **tenho presente** a presunção "*juris tantum*" de legitimidade **que qualifica todos** os atos estatais, **tal como observa** o magistério da doutrina (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 373, item n. 59, 13ª ed., 2001, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 182/184, item n. 7.6.1, 20ª ed., 2007, Atlas; DIOGENES GASPARINI, "**Direito Administrativo**", p. 63, item n. 7.1, 1989, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 54, item n. 43, 1999, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "**Manual de Direito Administrativo**", p. 116, item n. 2, 12ª ed., 2005, Lumen Juris) **e destaca**, com particular ênfase, **a jurisprudência** desta Corte Suprema (**RTJ** 86/212 - **RTJ** 133/1235-1236 - **RTJ** 161/572-573, v.g.).


Com essas considerações, Senhor Presidente, **e não obstante** a minha posição pessoal **quanto** ao fundo da controvérsia (**pois entendo inconstitucional** a interpretação dada, neste caso, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral), **soluciono** a situação de impasse, **fazendo incidir**, para esse específico efeito, a regra consubstanciada no preceito regimental referido, **negando provimento**, em consequência, **ao presente** recurso extraordinário.

Nesse sentido, pois, a minha proposta.



RE 631.102 / PA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - A decisão recorrida, é isso que Vossa Excelência está dizendo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O precedente a que me referi, e no qual o eminente Ministro MARCO AURÉLIO formulou a mesma proposta que ora submeto ao exame desta Egrégia Corte, foi a ADPF 46/DF. 

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim, Vossa Excelência está citando.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Que naquele caso era uma lei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em suma, Senhor Presidente, reafirmo a minha proposta e, pedindo vênia aos que dela dissentem, manifesto-me no sentido da subsistência do acórdão do E. Tribunal Superior Eleitoral ora impugnado. 